

Los Acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio: de vuelta al AMI. El caso del TLC entre Estados Unidos y los países de Centroamérica	Título
Mora Jimenez, Henry - Autor/a	Autor(es)
La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos	En:
Buenos Aires	Lugar
CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales	Editorial/Editor
2005	Fecha
	Colección
TLC, Tratados de Libre Comercio; Comercio Internacional; Libre Comercio; Inversiones Internacionales; Acuerdos Economicos; AMI, Acuerdo Multilateral de Inversiones; America Central ; Estados Unidos;	Temas
Capítulo de Libro	Tipo de documento
http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101013125956/11Partell1.pdf	URL
Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 2.0 Genérica http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.es	Licencia

Segui buscando en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO

<http://biblioteca.clacso.edu.ar>

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)

Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO)

Latin American Council of Social Sciences (CLACSO)

www.clacso.edu.ar



Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Latin American Council of Social Sciences



PARTE III

ALGUNAS SITUACIONES SUBREGIONALES Y DE PAÍSES

HENRY MORA JIMÉNEZ*

LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO: DE VUELTA AL AMI

EL CASO DEL TLC ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LOS PAÍSES DE CENTROAMÉRICA

INTRODUCCIÓN

Al amparo del Tratado de Libre Comercio entre EE.UU. y Centroamérica (en adelante, TLC EU-CA), el gobierno estadounidense está imponiendo a los gobiernos centroamericanos una liberalización a ultranza de las reglas de inversión y un inusitado fortalecimiento de los derechos de los inversionistas extranjeros, con el supuesto fin de atraer más inversión extranjera directa (IED) hacia esta región. Se trata de un nuevo Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), aunque por ahora de alcance regional limitado¹.

* Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales. Catedrático en la Escuela de Economía de la Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica.

1 El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) tenía la finalidad de establecer estrictas reglas mundiales que limitaban los derechos y facultades de los gobiernos para regular la especulación con divisas y adoptar políticas de interés público relativas a las inversiones inmobiliarias, fábricas, sectores de servicios, acciones y otros activos. Esta propuesta ampliaba las disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) sobre inversiones, incluido un nuevo derecho no comprendido en los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC): la capacidad de las empresas para demandar a los gobiernos por perjuicios pecuniarios debidos a cualquier acción regula-

La mayor inversión es una de las promesas más atractivas que se han hecho para vender la idea del TLC EU-CA a los gobiernos centroamericanos. Sin embargo, el vínculo causal entre reglas de inversión más “libres” (para las transnacionales) y una mayor IED es en realidad muy débil. En sus *Perspectivas Económicas Globales* de 2003, el Banco Mundial indica que otros factores, como la estabilidad política y el acceso al mercado de los países desarrollados, son los determinantes más importantes para atraer la inversión hacia los países en vías de desarrollo. Otro factor muy importante es la oferta de mano de obra disciplinada y calificada, o mano de obra abundante y barata, según el tipo de inversión de que se trate.

Lo anterior queda demostrado en el mismo interior de la región centroamericana, donde El Salvador recibe mucha menos inversión extranjera que Costa Rica, a pesar de ostentar un “índice de libertad económica” más atractivo para las transnacionales.

Las reglas de inversión del TLC EU-CA son similares a las del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y a las propuestas para el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), limitando la capacidad de los gobiernos para regular la IED y poder ligarla con metas expresas de desarrollo nacional. Como lo demuestra el caso mexicano, la atracción de grandes volúmenes de IED no puede considerarse en sí misma un objetivo, sino un medio que puede impactar o no en el crecimiento de la economía. Y si de inversión de cartera se trata, tal régimen de liberalización no podría responder a las necesidades de financiamiento para el desarrollo de Centroamérica, ya que más bien esta incrementaría el riesgo de inestabilidad financiera debido a la prohibición de establecer controles de capital (artículo 10.8 del TLC EU-CA).

La inversión extranjera tiene el potencial de contribuir a la reducción de la pobreza y al desarrollo sustentable, pero esta contribución depende del tipo y calidad de la inversión y del ambiente regulatorio del país anfitrión.

dora que afectara sus ganancias. Fue negociado secretamente durante dos años en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) bajo la vigilancia de las empresas transnacionales y de los principales grupos empresariales de presión de todo el mundo, y finalmente fue derrotado gracias a la denuncia pública mediante una campaña internacional de ONGs. Pero si bien se logró cerrar el paso al AMI, su propuesta está siendo renovada en otros acuerdos comerciales en marcha, como el ALCA y los TLCs, especialmente los que impulsa EE.UU.

Bien manejados y enfocados para complementar los planes de desarrollo nacional, estos flujos de capital pueden proporcionar recursos muy necesarios para estimular el crecimiento, el empleo y el desarrollo a largo plazo.

A pesar de lo anterior, gran parte de la inversión que ha venido a Centroamérica en los últimos años, en lugar de generar nuevas capacidades u otros efectos agregados, se ha dirigido a la compra de la capacidad ya existente a través de las privatizaciones de empresas públicas y del establecimiento de fábricas de montaje (maquilas) con vínculos muy limitados con las economías internas. Como resultado, a pesar de altos ingresos de capital, como en el caso de México, las tasas de crecimiento son bajas y la pobreza no cede.

Por ende, los gobiernos deben asegurarse que la inversión extranjera sea compatible con las necesidades de la población y con los planes de desarrollo nacional. Las reglas de inversión propuestas en el TLC EU-CA limitarán la capacidad de los gobiernos centroamericanos para hacer que la IED juegue este papel positivo, como veremos más adelante.

EL TLC EU-CA NO INCLUYE DISPOSICIONES PARA IMPEDIR QUE LA COMPETENCIA POR ATRAER INVERSIÓN EXTRANJERA SE CONVIERTA EN UNA “CARRERA HACIA EL FONDO”

El TLC EU-CA obliga a la remoción de los controles de capital (artículo 10.8) y sentencia las débiles regulaciones laborales y ambientales que existen en la mayor parte de los países centroamericanos (capítulos 16 y 17 respectivamente). No obstante, aunque las corporaciones sí se benefician de estas desregulaciones, los gobiernos, desprovistos de recursos fiscales, compiten entre sí para atraer la inversión mediante la llamada “carrera hacia el fondo”. El país con las normas más bajas o los mejores subsidios a la inversión extranjera es el que recibe la inversión (aunque esto no es una condición suficiente), o al menos esa es la promesa, y en esta carrera los países a menudo ni siquiera vigilan sus propias disposiciones legales en relación con la ecología y las condiciones de trabajo, en su empeño por atraer IED a toda costa.

Los resultados de esta “carrera hacia el fondo” se pueden ver en la industria textil y de confección de ropa de Centroamérica, una de las más extendidas de la región. La ropa y los textiles representan casi la mitad de todas las exportaciones de El Salvador. Sin

embargo, la producción de ropa tiene lugar en zonas de procesamiento para la exportación (zonas francas) donde las fábricas sólo se dedican a la confección, mientras que toda la maquinaria y los principales insumos (tela, hilos, botones, etc.) son importados de EE.UU. Las corporaciones aprovechan la mano de obra barata, operando como enclaves con vínculos muy limitados con la economía nacional, y encerrando a la región en una espiral de bajos salarios, bajo valor agregado e incumplimiento de las normas básicas de trabajo, como la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva.

En lo fundamental, el TLC EU-CA reproduce las disposiciones relacionadas con los inversionistas del cuestionado capítulo 11 del TLCAN. Estas disposiciones fueron el punto de partida para las negociaciones del TLC EU-CA y del ALCA. Se trata de reglas que incrementan los derechos de los inversionistas más allá de las regulaciones que existen en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), y limitan la capacidad de los gobiernos para regular la inversión en función del desarrollo. Además, se permite a las corporaciones que entablen demandas contra los gobiernos nacionales, estatales y municipales por leyes o regulaciones que según estas puedan causar pérdidas en sus utilidades actuales o futuras. En el marco del TLCAN, las corporaciones han usado este mecanismo (resolución de disputas entre inversionistas y el Estado) para cuestionar legislaciones ambientales que protegen la salud y el bienestar de los ciudadanos.

El TLC EU-CA contiene disposiciones que limitan el objetivo de los gobiernos de canalizar la inversión de manera tal que la misma promueva el desarrollo. Entre estas disposiciones se incluyen:

- Restricciones sobre controles de capital y otros mecanismos para revisar las inversiones y filtrar y eliminar aquellas que resulten dañinas.
- El principio de “trato nacional”, que garantiza que los inversionistas extranjeros sean tratados por lo menos tan favorablemente como los inversionistas nacionales, y el “trato de nación más favorecida”, que busca asegurar que un trato preferencial dado a cualquier país se otorgue a todos. Ambas disposiciones limitan la capacidad de los gobiernos para promover las industrias nacionales en nacimiento e impedir que el capital extranjero se apodere de áreas estratégicas clave para el desarrollo y el bienestar.

- Prohibiciones sobre el uso de requisitos de desempeño, para evitar que los estados exijan a los inversionistas que compren suministros de fuentes locales, cumplan con niveles mínimos de contenido doméstico, realicen transferencia de tecnología o cumplan con determinadas metas de empleo.

Es irónico hacer notar que los países desarrollados usaron estas mismas medidas para llegar a los niveles en los que están en la actualidad. Durante décadas, EE.UU. tuvo políticas muy restrictivas sobre la inversión extranjera con el fin de proteger áreas estratégicas clave, como los transportes y la banca. También reguló la inversión para promover sus industrias nacientes y utilizó controles para asegurar transferencia de tecnología y limitaciones a la propiedad extranjera. Similarmente procedieron países como Francia, Alemania y Japón. Ha-Joon Chang ha denominado este doble rasero como “patear la escalera para que otros no suban” (Chang, 2002).

ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL TLC EU-CA

EL ARTÍCULO 10.28 (DEFINICIONES): UNA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN EXCESIVAMENTE AMPLIA Y PELIGROSA

Conviene comenzar el análisis crítico del capítulo 10 del TLC EU-CA por el último de los artículos, el 10.28, por cuanto los debates en torno a la definición de inversión contenida en los acuerdos económicos internacionales son mucho más que un simple ejercicio semántico, ya que en el capítulo de inversión de estos acuerdos se define qué (inversión) y quiénes (inversionistas) disfrutarán de las enormes protecciones establecidas en el resto del capítulo.

La definición de inversión que aparece en el artículo 10.28 del TLC EU-CA es tan amplia que cubre prácticamente todos los tipos de propiedad, ya sean directos o indirectos, reales o contingentes. La definición dice:

“Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión (sic), incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) una empresa;

- b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d) futuros, opciones y otros derivados;
- e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) derechos de propiedad intelectual;
- g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda” (TLC EU-CA, artículo 10.28).

Obsérvese que el listado anterior no limita el ámbito de la definición, por lo que la misma puede cubrir cualquier tipo concebible de inversión compatible con el enunciado general “...todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente”. A diferencia del TLCAN, la definición incluye a los derechos de propiedad intelectual, lo que indica que la propuesta está diseñada para hacer explícita esta cobertura, que en el TLCAN no ha sido puesta a prueba en disputas inversionista-Estado. También cubre actividades especulativas (futuros, opciones y otros derivados), lo cual tampoco está explícito en el TLCAN. Se trata de una inclusión demasiado peligrosa, pues no es difícil imaginar acciones por parte de un gobierno (incluso de naturaleza macroeconómica) que puedan afectar la valoración de contratos en los mercados de derivados, estando tales acciones (eventualmente) sujetas al procedimiento de disputa contenido en este capítulo (Sección B). También se extiende la definición de inversión para incluir “licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna”, lo cual significa que si un gobierno revoca una licencia (protegida mediante la legislación interna) por cualquier razón, también quedaría sujeto a ser demandado bajo un proceso de resolución de controversias entre inversionista y Estado contemplado en este capítulo.

El texto incorpora una definición de inversión que va más allá de lo contemplado en el TLCAN, incluyendo coberturas que estaban

presentes en el derrotado Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), lo que sienta un precedente de enorme trascendencia para los intereses de EE.UU. y de las corporaciones transnacionales de cara a las negociaciones del ALCA y la OMC (temas de Singapur) y, desde luego, para los futuros tratados bilaterales que negocie EE.UU. con otros países de la región o del mundo entero.

EL ARTÍCULO 10.1(c): UNA VIOLACIÓN DE LA SOBERANÍA NACIONAL²

El artículo 10.1 del texto borrador del tratado se refiere al Ámbito de Aplicación del Capítulo 10.

“Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: (a) los inversionistas de otra Parte; (b) las inversiones cubiertas; y (c) en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11, a todas las inversiones en el territorio de la Parte”.

Con respecto a Costa Rica, el artículo 10.1(a) se aplica a los inversionistas de EE.UU. o del resto de Centroamérica (“los inversionistas de otra Parte”). El artículo 10.1(b) se aplica a las “inversiones cubiertas”, es decir, las inversiones de EE.UU. (o del resto de Centroamérica) que ya existen en Costa Rica; y el artículo 10.1(c) se aplica a las inversiones en Costa Rica de cualquier país del mundo (“a todas las inversiones en el territorio de la Parte”), pero “sólo” en relación a lo que estipulan los artículos 10.9 (Requisitos de Desempeño) y 10.11 (Inversión y Medioambiente)³.

Pues bien, es precisamente este artículo 10.1(c) el que a nuestro juicio presenta el primer roce constitucional de este capítulo, porque es una violación a la soberanía nacional el hecho de que, al firmarse un tratado bilateral con EE.UU., se le imponga al país una especie de subtratado entre Costa Rica y todos los restantes países del mundo, con los cuales el gobierno costarricense no ha negociado ningún tratado comercial y por supuesto no existe reciprocidad en el trato a la inversión con esos países (por ejemplo, en materia de requisitos de desempeño).

² Las ideas expresadas en este punto se basan en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el TLC entre EE.UU. y Chile por los economistas chilenos Julián Alcayaga y Rodrigo Pizarro.

³ En efecto, el artículo 10.9(1) vuelve a reproducir esta amplitud de aplicación: “de una Parte o de un país que no sea Parte”.

Este subtratado es en los hechos un traslado de soberanía que atenta contra el mandato de los artículos 2 y 3 de la Constitución Política (CP)⁴ relativos a la soberanía de la nación. Es evidente en este caso que, al firmarse un tratado comercial entre EE.UU. y Costa Rica, se está imponiendo otro (sub)tratado relativo “...a todas las inversiones en el territorio de la Parte”, arrogándose EE.UU. una soberanía que sólo corresponde ejercer al pueblo costarricense, y, además, por ser una disposición arbitraria y discriminatoria, roza también con el artículo 33 de nuestra Carta Magna^{5 y 6}.

EL ARTÍCULO 10.3 (TRATO NACIONAL): LIMITACIONES INACEPTABLES A LA CAPACIDAD DE LOS GOBIERNOS PARA ORIENTAR LAS INVERSIONES EN FUNCIÓN DEL DESARROLLO

El trato nacional es una de las obligaciones centrales de los TLCs. Significa que los gobiernos deben tratar a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones cuando menos en forma tan favorable como a los inversionistas nacionales y sus inversiones. Durante las primeras cuatro décadas de la segunda posguerra, el trato nacional en los acuerdos comerciales significó tan sólo que, una vez que las mercancías extranjeras entraran a un país, debían ser tratadas en forma no menos favorable que aquellas producidas internamente. El TLCAN fue el primer tratado en aplicar la cláusula de trato nacional a las inversiones, en su definición más amplia de las mismas. Esto aumentó en forma dramática el campo de acción y los impactos de esta poderosa obligación para los estados (derecho para los inversionistas). Además, se trata de una disposición que tendrá “autoridad superior a las leyes”, según el artículo 7 de nuestra Constitución Política.

Como ha reconocido la Alianza Social Continental, casi todas las economías exitosas se han desarrollado, entre otros aspectos, al abrirse

4 “Artículo 2.- La soberanía reside exclusivamente en la Nación”. “Artículo 3.- Nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hiciere cometerá el delito de traición a la Patria”.

5 “Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

6 Según un alto funcionario del COMEX (debate en la UCR, 24/3/2004) lo indicado con respecto a 10.1(c) es correcto, pero ¿es algo que más bien favorece a Costa Rica! ¿Cómo puede favorecer a Costa Rica el limitar severamente los requisitos de desempeño exigibles a toda inversión extranjera, y no sólo a la procedente de EE.UU.? Los efectos de proceder de una u otra forma dependen fundamentalmente de la política interna de atracción de inversión extranjera y no tanto de renunciar de manera general a la potestad de exigir tales requisitos de desempeño.

en forma gradual, selectiva y controlada a la inversión extranjera, lo que demanda que los gobiernos preserven la capacidad de: implementar políticas de desarrollo nacionales viables y apropiadas a las necesidades de la población, permaneciendo abiertas a la economía mundial; promover aquella inversión productiva que aumente los vínculos entre la economía local y nacional y descartar las inversiones extranjeras que no hagan contribuciones netas al desarrollo; hacer que las inversiones extranjeras jueguen un papel activo en la creación de condiciones macroeconómicas para el desarrollo; proteger a las empresas pequeñas, locales, familiares y comunitarias de la competencia extranjera desleal e injusta; y permitir el uso de medidas legales que preserven la propiedad pública o estatal en algunos sectores (por ejemplo petróleo), propiedad exclusivamente nacional en otros sectores (por ejemplo en telecomunicaciones), y participación nacional obligatoria en la propiedad de otros sectores (por ejemplo en el sector financiero) (Alianza Social Continental, 2002: 45-61; South Centre/CAFOD, 2003).

Pero al aplicar trato nacional en forma indiscriminada a la nueva y vasta área de inversiones, también contenida en el TLC EU-CA, se interfiere de forma inaceptable con la capacidad de los gobiernos de Centroamérica para orientar las inversiones (nacionales y extranjeras) de manera que estas contribuyan a las metas del desarrollo⁷.

Como en el TLCAN, el texto borrador del TLC EU-CA asume que quedan cubiertas todas las medidas y todos los sectores bajo la cláusula de trato nacional, a menos que explícitamente sean excluidos (enfoque de lista negativa o *top down approach*), lo que restringe el uso de medidas a tomar por todos los niveles de gobierno (nacional, regional, municipal). El Anexo I incorpora las Medidas Disconformes Lista de Costa Rica, las cuales se refieren a medidas que no están sujetas a alguna o a todas las obligaciones impuestas por los artículos 10.3 (Trato Nacional), 10.4 (Trato Nación Más Favorecida), 10.9 (Requisitos de Desempeño) y 10.10 (Altos Ejecutivos y Directorios). Pero se trata de

7 Según funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (COMEX), el artículo 19 de la Constitución Política ya incorpora el principio de trato nacional, lo cual, creemos, es infundado. Este artículo reza así: "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen". En primer lugar, se trata de "deberes y derechos" individuales y sociales, no de aquellos que en la jerga neoliberal se denominan "derechos o garantías económicas". Estos derechos individuales y sociales están claramente establecidos en los Títulos IV y V, respectivamente, de la misma Constitución. En segundo lugar, se trata de derechos y deberes de personas naturales ("los extranjeros", "los costarricenses") y no de colectividades (empresas, sindicatos, ONGs, etcétera).

excepciones puntuales y limitadas que además no surgieron de una consulta pública y abierta a los parlamentos, a los gobiernos locales (excluidos de cualquier medida disconforme) y a la ciudadanía en general. Esto es una seria violación a la institucionalidad democrática del país, pero lo más grave de tales “medidas disconformes” se analizará más adelante, cuando expongamos y comentemos el artículo 10.13. Además, no se incluye ninguna medida disconforme con respecto al controversial artículo 10.7 sobre expropiaciones.

A su vez, repasando la lista del Anexo I del TLC (Medidas Disconformes) es fácil observar que no han quedado protegidas de la cláusula de trato nacional áreas importantes de la economía y la sociedad como la administración de centros privados de educación (en todos los niveles). Tampoco será posible que ante una eventual apertura en los servicios de telecomunicaciones, a algunos sectores, como las cooperativas de electrificación rural, se les otorgue cierta prioridad (trato especial) en este campo de inversión. Sólo para mencionar algunos ejemplos. En el fondo, trato nacional es poner a competir en condiciones formales iguales a actores (empresas) con poderes enormemente desiguales, como si se tratara de un juego entre iguales regulado por el *fair play*. El resultado es obvio: en derechos iguales, prevalece la fuerza (por ejemplo, las asimetrías reales).

Esto pone en entredicho las afirmaciones de los funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (COMEX), que aseguran que al normar el comercio internacional mediante este tipo de tratados y acuerdos internacionales se impide que prevalezca “la ley de la selva” y, por tanto, que es algo favorable para los países en vías de desarrollo. Pero trato nacional no significa otra cosa que poner a competir a desiguales en condiciones de igualdad. El resultado sólo puede ser más desigualdad.

EL ARTÍCULO 10.5 (NIVEL MÍNIMO DE TRATO): UNA TERMINOLOGÍA AMBIGUA Y ENGAÑOSA

El texto borrador del TLC, en su artículo 10.5, incluye una obligación abierta e indeterminada para las partes (y un nuevo derecho para los inversionistas) en cuanto a “niveles mínimos de trato”, obligación que las corporaciones han utilizado con mucho éxito en el TLCAN (artículo 1105)⁸ en

⁸ También incluido en el borrador del capítulo de inversiones del ALCA (artículo 6), con el nombre “Trato Justo y Equitativo”.

sus alegatos contra los gobiernos, extendiendo el ámbito de la cláusula “inversionista-Estado”.

El término “trato justo y equitativo” incluido en este artículo es engañoso: al parecer se trata de algo enteramente lógico y hasta inocente, pero bajo el TLCAN los abogados de las empresas transnacionales se han valido de la ambigua definición de trato mínimo para aplicar a otros capítulos del TLCAN interpretaciones en principio circunscritas al capítulo 11 de ese tratado. También han citado puntos como la falta de comunicación de un oficio gubernamental como un caso de falta de trato mínimo. Esta obligación es particularmente problemática, pues los inversionistas han intentado utilizarla dentro del TLCAN para ampliar el ámbito de la cláusula inversionista-Estado y llevar estos privilegios más allá de las regulaciones estrictamente en torno a inversión extranjera⁹.

Durante las discusiones del ALCA, Canadá ha propuesto algunas variantes que modifican el uso de esta obligación de nivel mínimo de trato y que aparecen recogidas en el texto del TLC EU-CA. La propuesta canadiense dice que un trato justo y equitativo no requiere “un trato adicional o superior al requerido por el nivel de trato para los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario”. Además, la segunda versión del artículo 6.3 del ALCA dice: “una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición contenida en este acuerdo o en otro acuerdo internacional no probará que se haya violado el presente artículo”. El texto del artículo 10.5(2) y 10.5(3) del TLC EU-CA asume literalmente este enfoque cuando afirma:

“Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por ese nivel [el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario. H.M.], y no crean derechos substantivos adicionales”.

⁹ “Esta disciplina establecida por el derecho a niveles mínimos de trato ya ha sido aplicada ampliamente en el TLCAN. Partes del 1105 son encontradas en cada uno de los tres casos del TLCAN que han sido resueltos a favor de las empresas Metalclad, S.D. Myers, y más recientemente Pope and Talbot. El lenguaje tan amplio y vago de esta cláusula se presta para que los equipos de resolución de controversias puedan aplicar toda su subjetividad y labia, como lo han hecho recurrentemente, cuando consideran que los gobiernos han interferido con los derechos de los inversionistas” (Alianza Social Continental, 2003: 52). Véase también *Public Citizen* (2002: 11).

“3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo”.

El problema es que es imposible juzgar si una enmienda de este tipo tendrá o no el efecto de limitar el uso del trato mínimo para extender el ámbito de la cláusula “inversionista-Estado” y amortiguar los perjuicios de esta disposición sobre las políticas públicas y las leyes nacionales hasta que haya otros casos donde los abogados saquen a colación este artículo ante los tribunales. Sería ingenuo pensar que sólo una enmienda de este tipo, que no cambia lo esencial del mecanismo inversionista-Estado, va a solucionar el problema.

EL ARTÍCULO 10.8 (TRANSFERENCIAS): LIMITACIÓN CASI ABSOLUTA
AL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS DE CAPITAL

“1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta, se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio” (Art. 10.8, primer párrafo).

El texto del artículo 10.8 del TLC EU-CA va incluso más allá del artículo 1109 del TLCAN, e impide a los gobiernos utilizar formas probadas de control de los movimientos de capitales, a pesar del aparente consenso creciente entre funcionarios de gobierno y de instituciones financieras en el sentido de que estas medidas son necesarias para combatir efectivamente las crisis financieras internacionales. El tipo de transferencias permitidas y a las cuales no se les debe poner ningún obstáculo para su inmediata realización incluye: aportes de capital; utilidades, dividendos y ganancias de capital; intereses, pagos por regalías; pagos por expropiación y nacionalización de una inversión y pagos que provengan de una controversia.

Según este mismo artículo, una parte sólo podrá impedir la realización de una transferencia “por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes” por los siguientes motivos: quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio u operaciones de valores, futuros o derivados; infracciones penales; garantías de cumplimiento. ¡Vaya excepciones! La mayoría se refiere al impedimento de transferencias sencillamente fraudulentas.

Así, lo negociado en este artículo 10.8 ni siquiera recupera la única excepción relevante contemplada en el artículo 12.5 del borrador del ALCA, que permitiría a “las economías más pequeñas” limitar en

forma temporal la transferencia de capitales en caso de “excepcionales” dificultades en la balanza de pagos. ¡Ni siquiera eso! El artículo 21.4 permite que las partes adopten medidas de excepción “por motivos de balanza de pagos”, pero sólo en relación con el comercio de mercancías.

Muy al contrario de estas disposiciones, los gobiernos deberían tener el poder de evitar el efecto desestabilizador de los retiros simultáneos y masivos de capital golondrina de cartera, requiriendo que las inversiones de capital o las inversiones en los mercados de capital permanezcan en su territorio por un período determinado. Una manera de alcanzar esta meta es requiriendo que una porción de las inversiones de capital (por ejemplo de un 20 a un 30%) se deposite por un tiempo determinado (por ejemplo un año) en el banco central de un país determinado.

EL ARTÍCULO 10.9 (REQUISITOS DE DESEMPEÑO): PROHIBICIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE REQUISITOS DE DESEMPEÑO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y AMENAZA A LA FORMULACIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El término “requisitos de desempeño” se refiere a las condiciones que se les exigen a los inversionistas para asegurar que un país receptor de inversión extranjera se beneficie de la misma. El TLCAN estableció una prohibición muy amplia al uso de tales requisitos, bajo el argumento de que estos “distorsionan el mercado”. Estas disposiciones aparecen también en el borrador del capítulo de inversiones del ALCA y se repiten literalmente en el texto del TLC EU-CA. Concretamente, se prohíben siete tipos de requisitos de desempeño: exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio; relacionar de cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas; transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad¹⁰; actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de

10 Con respecto a esta prohibición, el texto borrador del ALCA contempla la siguiente excepción: “salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar

la Parte de las mercancías que produce o servicios que suministra para un mercado regional específico o al mercado mundial.

Recordemos que según el artículo 10.1(c), las disposiciones de este capítulo 10.9 se aplican “a todas las inversiones en el territorio de la Parte”, lo que se reafirma en 10.9(1): “...de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte”. Ya hemos comentado los posibles problemas de inconstitucionalidad de esta disposición (Artículo 10.1(c)).

Además, y según el inciso 2 del artículo 10.9, las prohibiciones para establecer requisitos de desempeño enlistadas antes con los numerales 2, 3, 4 y 5 ni siquiera se pueden condicionar a “la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma”. Las únicas excepciones a esta disposición, siempre que exista la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, serían “...al cumplimiento de un requisito de que ubique la producción (*to locate production*, según la versión en inglés), suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio” (Artículo 10.9(3)(a)).

Se trata de una excepción hecha a la medida de las empresas de zonas francas que se localizan en nuestros países, ya que las mismas suelen recibir importantes ventajas (fiscales, por ejemplo) que se “justifican” con supuestos “aportes” como los recién indicados. Que una empresa “suministre un servicio”, “emplee trabajadores”, “construya instalaciones” o “lleve a cabo investigación y desarrollo” (sin ninguna obligación de transferencia de conocimiento), son tareas propias y normales de cualquier empresa. Si esto se pretende hacer pasar como “contribuciones” de la empresa a cambio de la recepción de ventajas, se trata de poco menos que una burla.

Resumiendo, la posibilidad de que un país pueda, a cambio de otorgar ventajas, exigir el cumplimiento de ciertos requisitos como la localización de la producción, se limita a las siguientes áreas: exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios; transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; y actuar como el proveedor exclusivo. Pero las siguientes condiciones (las realmente importantes para generar encadenamientos productivos) no podrán

una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este tratado”. En el TLC EU-CA, una excepción similar se considera en 10.9(3)(b)(ii).

establecerse, ni siquiera a cambio de ofrecer una ventaja o que se continúe recibiendo la misma: alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio; relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o suministra, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

Estas prohibiciones tienen, entre otros, los siguientes efectos: se favorece la compra de productos importados, afectando la producción nacional y la generación de empleo; se pierde la posibilidad de estimular la producción nacional y establecer una articulación entre la inversión foránea y el aparato productivo nacional; imposibilita incidir en la definición de los flujos transables por los inversionistas extranjeros de manera que se privilegie una relación favorable en los términos de intercambio nacionales, limitando además la inversión local de las ganancias obtenidas por los inversionistas extranjeros; se limita la posibilidad de otorgar un tratamiento preferencial para las inversiones nacionales y facilita la posición dominante en el mercado doméstico de las inversiones extranjeras (Moreno, 2004: 13).

Excepciones a ciertas prohibiciones para establecer requisitos de desempeño se aceptarían “respecto de programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa”¹¹ y respecto de la contratación pública (en este último caso, el capítulo 9 establece sus propias reglas).

En resumen, las disposiciones en torno a requisitos de desempeño contenidas en el TLC EU-CA limitan considerablemente el uso de políticas que requieren los países centroamericanos para aprovechar las ventajas que podrían ofrecer la inversión extranjera y su eventual aporte al desarrollo económico y social, y significan un grave desafío a

11 La excepción con respecto a la “ayuda externa” es obvia, pues por ejemplo se refiere a préstamos atados en los que el país cooperante precisamente exige que los recursos donados se utilicen de una manera enteramente condicionada (compra de insumos o equipos a empresas del país cooperante, por ejemplo). Con respecto a los programas de promoción a las exportaciones, cabe recordar que estos suelen dedicar importantes recursos nacionales para favorecer a las propias empresas extranjeras que se inscriben en ellos. En todo caso, está por verse qué propone en este caso el grupo de diputados de la Asamblea Legislativa que dice condicionar su apoyo al TLC a cambio de “leyes complementarias” que fomenten la producción nacional.

las formas democráticas de formular políticas públicas¹². Además, no olvidemos que todos los países hoy desarrollados impusieron –cuando ellos fueron receptores netos de esa inversión– regulaciones a la inversión extranjera con el propósito de asegurar que la misma contribuyera con sus estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo. Estas regulaciones incluyeron desde prohibiciones de entrada a determinados sectores hasta el establecimiento de condiciones de entrada como requisitos para establecer alianzas estratégicas o techos para la propiedad extranjera y la contratación de personal.

EL ARTÍCULO 10.9.3(c): UN SERIO PELIGRO A LA SOBERANÍA EN MATERIA AMBIENTAL Y DE SALUD PÚBLICA

Un comentario especial exige el punto (c) del inciso 3 del artículo 10.9, según el cual Costa Rica podría imponer medidas administrativas, sanitarias o ambientales a una inversión de cualquier país del mundo siempre y cuando esas restricciones “no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales”.

Al parecer se trata de una potestad que Costa Rica puede ejercer, y que incluso deberíamos aplaudir; pero contiene una peligrosa trampa. En aplicación de este artículo, y no existiendo en el texto del tratado una disposición específica que lo impida, un inversionista de Japón, Rusia, Pakistán, o de cualquier otro país, podría comprar un terreno u obtener en concesión una mina abandonada, para depositar en ella residuos nucleares de cualquier planta nuclear del mundo, y el Estado costarricense podría estar impedido para rechazar esta “inversión”, porque podría ser demandado en un tribunal internacional por “restricción encubierta al comercio o inversión internacionales”. Además, no existe alusión a mecanismos de verificación y cumplimiento, y menos aun a sanciones por la inobservancia de lo exigido. ¿Quién decide si medidas restrictivas de Costa Rica a este tipo de inversión son arbitrarias o constituyen una restricción encubierta al comercio internacional? ¿El gobierno de Costa Rica, su Asamblea

12 No es un argumento válido el afirmar que “de todas maneras, un país como Costa Rica no utiliza en la práctica estos requisitos de desempeño”. El hecho de que la orientación de la política económica dominante (en los últimos veinte años) no haga uso de estos instrumentos no es óbice para sentenciar en un tratado –con rango superior a la ley ordinaria– que en el futuro ningún gobierno, de ninguna ideología, podrá tampoco hacerlo. ¡Esto sería darle a una ideología económica específica –el neoliberalismo– un rango casi constitucional!

Legislativa o sus tribunales de justicia? No, ninguna autoridad nacional tendrá poder de decisión en caso de conflicto o incumplimiento por parte de un inversionista extranjero de alguna disposición contenida en este capítulo. Sólo los tribunales arbitrales internacionales tendrán competencia para resolver estas controversias, lo que representa otra cesión de soberanía. A esta realidad se puede agregar una posibilidad aun más peligrosa. Las empresas que se instalen en Costa Rica, luego de recibir el pago que corresponda por su negocio, podrían quebrar, simular una quiebra o simplemente desaparecer, dejando depositados los residuos sin que ningún ente privado se haga responsable de su seguridad. En tal caso, Costa Rica no podrá reenviarlos a ningún otro país, ni tampoco podrá demandar a una empresa inexistente, ni a sus países de origen, ni menos aún a EE.UU.

Más grave aún, incluso medidas “necesarias para proteger la vida o salud humana” quedan supeditadas a que no se apliquen de manera arbitraria y a que no constituyan una restricción al comercio o inversión internacionales. ¡Ni siquiera la vida humana está por encima del sacrosanto libre comercio!

EL ARTÍCULO 10.11: BURLA DEL ARTÍCULO 50, PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 10.11 (Inversión y Medioambiente) también concierne a los inversionistas de todo el mundo (según lo establecido en 10.1(c)), y establece que una parte, es decir Costa Rica o EE.UU., podrá mantener o hacer cumplir “cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo”, para garantizar que las actividades de inversión en su territorio “se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”. Se habla de tomar en cuenta “inquietudes” con respecto a las inversiones en el territorio de una parte, pero no se dice que Costa Rica pueda denegar una inversión que afecte la preservación del medio ambiente¹³. Al no poder el Estado costarricense garantizar el impedimento a una inversión que no respete nuestro medio ambiente, este artículo debilita, y es contrario a, las disposiciones del artículo 50, párrafo segundo, de nuestra CP, que establece: “Toda persona tiene

13 Es este tipo de redacción ambivalente y poco certera la que, pretendiendo asumir una posición de defensa de nuestro medio ambiente, en realidad otorga armas a los abogados de las corporaciones para entablar sus alegatos y defender sus posiciones e intereses. Aunque en este caso, el texto del tratado es más bien deprimente.

derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. “El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”¹⁴.

Esta inconstitucionalidad es aun más grave si se tiene en cuenta que la imposibilidad de denegar la autorización a una inversión que afecte nuestro medio ambiente concierne no solamente a los inversionistas de EE.UU. con quienes se firma el tratado, sino también a inversionistas de cualquier parte del mundo con quienes no se está firmando ningún tratado (recordar lo dicho sobre el artículo 10.1(c)).

Además, hay que tener presente que las excepciones generales contenidas en el artículo 21.1, párrafos 1 y 2, sólo abarcan los capítulos 3 al 7 y 11, 13 y 14 (no así el 10), y que los artículos del GATT y del GATS allí mencionados igualmente supeditan las medidas necesarias para proteger la vida humana a la no restricción del comercio de mercancías y servicios.

EL ARTÍCULO 21.3 (TRIBUTACIÓN), PÁRRAFO 6, EN SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 10.7 (EXPROPIACIÓN E INDEMNIZACIÓN): LESIONA LOS ARTÍCULOS 2, 3 Y 121 INCISO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 10.7, llamado Expropiación e Indemnización, establece que Costa Rica no “expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”, salvo que sea por utilidad pública, se proceda de una manera no discriminatoria, y mediante el pago de una indemnización al valor de mercado y con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.5 (Nivel Mínimo de Trato).

Recordemos que el término “inversión cubierta” se refiere –en lo que aquí interesa resaltar– a las inversiones de EE.UU. ya existentes en Costa Rica al entrar en vigencia el tratado, las cuales no podrán ser afectadas por medidas que Costa Rica pueda tomar y que sean consideradas equivalentes a la expropiación (directa o indirecta). Por otra parte, pero en relación con lo anterior, el artículo 3, inciso 6 del capítulo 21 llamado Excepciones, establece que el artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización) y el artículo 10.16 (Inversión-Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje) se aplicarán a una medida tributaria que

14 El texto completo de los párrafos segundo y tercero del artículo 50 es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”.

sea alegada como expropiatoria o como una violación de un convenio sobre inversión o una autorización de inversión.

Este artículo 21.3.6 hace aplicables medidas tributarias en varios otros artículos de diversos capítulos del tratado, incluido el artículo 10.9 que, recordemos, concierne a las inversiones de cualquier país del mundo en territorio nacional.

Lo anterior quiere decir que el Estado costarricense podría quedar imposibilitado de efectuar modificaciones tributarias que afecten a inversionistas de EE.UU. so pena de ser demandado en un tribunal arbitral internacional por establecer medidas que pueden ser consideradas expropiaciones (directas o indirectas), además de que los impuestos a la exportación hacia EE.UU. también están prohibidos por el artículo 3.3 del tratado. Estas disposiciones impiden que Costa Rica pueda modificar libremente su legislación tributaria; son inconstitucionales porque atentan contra nuestra soberanía, y violan los artículos 2, 3 y 121.13 de la CP¹⁵. En particular, este último artículo de la Constitución establece que sólo la Asamblea Legislativa tiene la atribución de establecer los impuestos y contribuciones nacionales y autorizar los municipales. No puede entonces un tratado inmiscuirse en la determinación de los tributos en Costa Rica, porque la Constitución reserva dicha facultad exclusivamente a la Asamblea Legislativa, y solamente la Sala Constitucional tiene la potestad de establecer si un tributo es “confiscatorio”¹⁶.

EL ARTÍCULO 10.7 (EXPROPIACIÓN E INDEMNIZACIÓN): PRIVILEGIOS DISCRIMINATORIOS A FAVOR DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Consideramos que el artículo 10.7 del tratado tiene en sí mismo vicios de inconstitucionalidad, al establecer que la indemnización de inversiones cubiertas debe ser pagada sin demora, ser equivalente al “valor justo de mercado” y ser completamente liquidable y libremente transferible; y también al no excluir a los “bienes propios de la Nación” contenidos en el artículo 121 inciso 14 de la CP. Veamos con detalle.

Según el punto 2(a) de este artículo 10.7, “La indemnización deberá: (a) ser pagada sin demora”.

15 “Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: ...13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales”.

16 Un razonamiento similar al aquí presentado aparece para el caso del TLC EE.UU.-Chile, en el recurso de inconstitucionalidad de Alcayaga y Pizarro (s/f).

Pero según el artículo 45 de la CP, “en caso de guerra o conmoción interior”, la indemnización por expropiación cuenta con un plazo de hasta dos años para ser cancelada, “después de concluido el estado de emergencia”, por lo que es contrario a la Constitución que un tipo específico de propiedad (por ejemplo, las inversiones cubiertas realizadas por estadounidenses en Costa Rica) no tenga esta limitación a la expropiación y el resto sí (en particular, la propiedad de costarricenses). Se trata de un claro trato desigual a favor de la propiedad en manos de extranjeros¹⁷.

El punto (d) del inciso 2 de este artículo 10.7 establece que “La indemnización deberá: ser completamente liquidable y libremente transferible”.

Esto crea otra desigualdad ante la ley, pues varias resoluciones judiciales han aceptado que no es contrario al artículo 45 de la CP pagar los inmuebles expropiados con bonos del tesoro público, siempre que se tome en cuenta la depreciación que estos pudieran tener en el momento en que se dicte la sentencia (Castillo, 1992: 64).

Otra desigualdad ante la ley es la exigencia contenida en el punto (b) del inciso 2, según la cual el pago de la indemnización debe corresponder “al valor justo de mercado”, cuando el Estado costarricense ha aplicado en muchas ocasiones el criterio de que la indemnización no podrá exceder el valor del inmueble declarado para fines fiscales al momento de la expropiación. Además, la medida contemplada en el TLC EU-CA lleva al ámbito del mercado la determinación del valor de la indemnización, y con ello a la posibilidad de acciones especulativas.

En última instancia, este tipo de variaciones a la normativa legal sobre expropiaciones e indemnizaciones, que afectan las disposiciones constitucionales sobre limitaciones a la propiedad privada, deberían ser aprobadas con 38 votos (mayoría calificada), ya que introducen un tratamiento específico, y a nuestro juicio discriminatorio, con respecto a un determinado tipo de propiedad: a favor de la propiedad de

17 En el Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre Promoción y Protección de Inversiones suscripto el 7 de septiembre de 1982 y autorizado en octubre de 1997 (Ley 7715) se incluye el siguiente párrafo aclaratorio: La expresión “compensación puntual, adecuada y efectiva” no implica indemnización previa en el supuesto de guerra o conmoción interna; sin embargo, el pago correspondiente se efectuará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Como se aprecia, en este Convenio de Inversión Costa Rica optó por hacer explícita la salvedad al pago inmediato de una indemnización por expropiación contemplada en el artículo 45 de la CP.

extranjeros y en contra de la propiedad de nacionales. Pero aunque esto se resolviera mediante una aprobación del tratado con votación calificada, siempre permanecería la violación del artículo 33 de la CP (igualdad ante la ley).

Además, el inciso 1(a) establece que la expropiación o nacionalización de una inversión cubierta sólo será viable “por causa de un propósito público”. Pero el párrafo segundo del artículo 45 de la CP establece claramente que: “Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social”.

Lo anterior da armas a los abogados de las transnacionales para alegar, en una eventual disputa, que el término “propósito público” tiene un menor alcance que el término “interés social”, ignorando este último¹⁸.

Entonces, ¿acaso a los nacionales se les puede aplicar este artículo constitucional en toda su amplitud, con su jurisprudencia correspondiente, y a los extranjeros no? Recordemos que al establecer el artículo 45 de la CP “limitaciones de interés social” a la propiedad, se constituyó precisamente la base que permitió impulsar la legislación laboral en Costa Rica, y que esta no fuese impugnada por inconstitucional¹⁹.

Finalmente, debería introducirse de manera clara y tajante en el texto del tratado la no indemnización por la nacionalización o expropiación de los “bienes propios de la Nación” establecidos en el inciso 14 del artículo 121 de la CP, a saber: las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sus-

18 Con respecto a este punto, el ya citado Convenio de Inversión entre Costa Rica y Gran Bretaña señala lo siguiente: “La palabra ‘expropiación’ mencionada en el artículo V no se refiere a las limitaciones de interés social que la Asamblea Legislativa imponga a la propiedad por motivos de necesidad pública, de acuerdo con el artículo 45 de la Constitución Política”. Como se aprecia, los legisladores que autorizaron este convenio también tuvieron la certeza de salvar esta importante disposición constitucional, lo que no ocurre en el texto del TLC.

19 El punto es que el término “limitaciones de interés social” es más amplio y comprensivo que “por causa de un propósito público”. El primero incluye, por ejemplo, medidas que pueden adoptarse para mejorar las condiciones económicas de las clases sociales de menores recursos, o para “lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social” (Castillo Viquez, 1992: 66).

tancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; los servicios inalámbricos”.

Consideramos a esta excepción que proponemos absolutamente lógica, pues según ese artículo de la Constitución se trata de bienes que “no podrán salir definitivamente del *dominio* del Estado”. Sería entonces inconstitucional que el Estado tuviera que indemnizar por recuperar mediante expropiación bienes que le pertenecen y que sólo habría entregado en concesión. Pero el artículo 10.7 del tratado no hace estas salvedades, burlando lo establecido en la CP. Para mayor aclaración: estos bienes son del dominio del Estado, y una concesión sólo concede un derecho de posesión temporal, no concede la propiedad (ni siquiera temporal). Pero la indemnización contemplada en el artículo 45 de la Constitución Política se refiere claramente a privaciones sobre la propiedad, no sobre la posesión o el usufructo.

Esta salvedad se hace más importante si tomamos en cuenta que la definición de “acuerdo de inversión” contenida en 10.28 incluye los derechos que recibe el inversionista “con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales”.

Se trata, efectivamente, de los “bienes propios de la Nación” contemplados en el artículo 121, párrafo 14, de la Constitución Política (carbón, petróleo, minerales radioactivos, servicios inalámbricos, ferrocarriles, muelles, aeropuertos). Y según este mismo artículo constitucional, estos bienes sólo podrán ser explotados por particulares, “de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa”, y nunca mediante un simple “acuerdo de inversión”. Si a esto le agregamos que el 121 aparece varias veces en las “medidas disconformes” del Anexo I, el círculo se cierra: las transnacionales y sus socios internos están al acecho de los “bienes propios de la Nación”.

EL ANEXO 10-C: EXPROPIACIÓN

El texto de este anexo parece “suavizar” las disposiciones sobre expropiación contenidas por ejemplo en el TLCAN, ya que especifica qué es y qué no es una “expropiación indirecta”, y requiere que en toda disputa sobre este tema se levante una “investigación factual”. Esto exige un par de comentarios.

En primer lugar, lo cierto es que el artículo 10.7(1) en efecto amplía la definición de expropiación. Tradicionalmente este término se ha usado para describir la apropiación de una propiedad para satisfacer un propósito público sin el necesario consentimiento del dueño (por ejemplo, un terreno necesario para construir un camino público). Pero en adición a este tipo de expropiación “directa”, el TLC EU-CA (como el TLCAN) también requiere que se compensen las “expropiaciones indirectas”, así como las “medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización” (10.7(1)). Estas nuevas disposiciones han permitido a corporaciones extranjeras e inversionistas individuales hacer demandas frente a cualquier acto gubernamental que pueda hacer que las ganancias que esperan obtener disminuyan.

En segundo lugar, y dando por un hecho cierto que el TLC EU-CA acepta este enfoque (que incluye la expropiación indirecta), hay que reconocer que el mencionado anexo sólo introduce algunas aclaraciones imprecisas que estipulan que el efecto adverso sobre el valor económico de una inversión resultante de un acto gubernamental no es, en sí mismo, sinónimo de una expropiación indirecta; o que en “circunstancias excepcionales” ciertos actos regulatorios no discriminatorios no constituyen expropiaciones indirectas. Pero serán los tribunales arbitrales los que decidan una u otra cosa.

¿Qué ocurriría si por ejemplo el Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados o una municipalidad le niegan a una compañía hotelera de Guanacaste toda el agua que esta demanda para regar su campo de golf? La empresa puede iniciar una controversia por expropiación indirecta, aduciendo que sus ingresos se verán disminuidos por esta disposición. ¿Es este un “caso excepcional” de regulación contemplado en la letra del anexo 10-C? No es algo que podrá discernirse a partir de nuestra legislación, sino que quedará en manos de un tribunal arbitral internacional altamente influenciado por el poderío económico de la empresa involucrada²⁰.

20 “La expropiación indirecta representa un mecanismo probado en su efectividad al servicio de empresas transnacionales para llevar a juicio a los Estados que a través de sus políticas públicas han establecido regulaciones ambientales, fiscales y sociales a su desempeño, las cuales han sido interpretadas por las empresas transnacionales como acciones del gobierno que interfieren con sus expectativas en inversión, y en consecuencia adquieren la forma de una expropiación indirecta” (Raúl Moreno, 2004: 15).

EL ARTÍCULO 10.13 (MEDIDAS DISCONFORMES): OTRA VIOLACIÓN DE LA SOBERANÍA NACIONAL

Este artículo establece que:

- “1. Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10²¹ no se aplican a:
- a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte a:
 - (i) gobierno de nivel central, tal como se estipula en su Lista del Anexo I,
 - (ii) un gobierno de nivel regional, tal como se estipula en su Lista del Anexo I, o
 - (iii) un gobierno de nivel local;
 - (...)
 - b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a); o
 - c) la modificación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a) siempre que dicha modificación no disminuya la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10”.
- “2. Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II”.
- “3. Ninguna Parte exigirá, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y comprendida en su Lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia”.

El Anexo I lista “las medidas existentes de una Parte que no están sujetas a alguna o todas las obligaciones impuestas por: los artículos 10.3 u 11.2, los artículos 10.4 u 11.3, el artículo 11.5, el artículo 10.9, el artículo 10.10, el artículo 11.4”.

21 Estos artículos se refieren respectivamente a trato nacional, trato a nación más favorecida, requisitos de desempeño, altos ejecutivos y directorios, y acceso a mercado.

Así, a primera vista el 10.13 parece un artículo que, al menos en lo que respecta a la lista del Anexo I, resguarda la potestad soberana de las partes en los sectores, obligaciones afectadas, nivel de gobierno y medidas establecidas en cada “ficha de la lista”. Pero se trata de una verdad a medias que oculta severas limitaciones a esta potestad. Veamos por qué.

En primer lugar, y como apuntamos anteriormente, la desaplicación de artículos como el 10.3, 10.4 o el 10.9 sigue el criterio de “lista negativa”, es decir, no se aplica sólo a las medidas, los sectores y los niveles de gobierno expresamente establecidos en la lista. Todo lo demás queda cubierto por tales artículos, con el agravante de que ningún proceso democrático y transparente fue utilizado para la confección de tal lista.

Pero en segundo lugar, y esto es lo más grave, según el inciso 10.13.1(c), antes transcrito, no es posible modificar una medida disconforme del Anexo I, ya sea ley o reglamento, si tal modificación “...disminuye la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10”.

Para que quede claro: ni la Asamblea Legislativa ni el Poder Ejecutivo podrían modificar ley o reglamento alguno de los estipulados en la lista del Anexo I, en un sentido que pueda afectar los derechos de los inversionistas extranjeros establecidos en tales artículos del capítulo 10 (y también del capítulo 11). No es difícil imaginar leyes que requieran cambios importantes para garantizar el bien común, la salud pública o la protección al medio ambiente (Ley de Hidrocarburos, Ley de Generación Privada de Electricidad, Ley de Pesca, etc.), y contempladas en dicho Anexo, en donde queda severamente comprometida la soberanía de nuestra Asamblea Legislativa para poder realizar tales modificaciones.

Pero como si lo anterior no resultara suficiente, hay en el Anexo I una inclusión que resulta increíble. En lo que corresponde a los siguientes sectores: servicios relacionados con las telecomunicaciones –radio y televisión–; servicios relacionados con minería –exploración de hidrocarburos–; minería y servicios relacionados con minería –minerales diferentes de los hidrocarburos–; energía eléctrica; servicios inalámbricos.

Entre las medidas listadas en estos casos, se encuentra el Artículo 121 de la Constitución Política. Y en las medidas del sector

Pesca y Servicios relacionados con la Pesca, aparece el artículo 6 de la Constitución Política.

¿Acaso pretenden los negociadores del COMEX que estos capítulos constitucionales, referidos a las Atribuciones de la Asamblea Legislativa y al ejercicio de la soberanía en el espacio aéreo, en las aguas territoriales, en la plataforma continental y en el zócalo insular, tampoco puedan modificarse en el futuro si tal modificación “disminuye la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10”? Al parecer, esto es lo que se pretende. Inaudito, pero así es.

Veamos ahora qué sucede con la Lista del Anexo II a que hacen referencia los incisos 2 y 3 de este artículo 10.13. Este Anexo se refiere a “los sectores, subsectores, o actividades específicas para los cuales esa Parte podrá mantener o adoptar medidas existentes, o adoptar nuevas o más restrictivas que sean disconformes con las obligaciones impuestas por los artículos 10.3 u 11.2, 10.4 u 11.3, 11.5, 10.9, 10.10 y 11.4”.

La lista de este Anexo II incluye materias como: aviación, pesca y asuntos marítimos, a los que no se aplica la cláusula Trato de Nación Más Favorecida; las industrias culturales (libros, revistas, diarios, cine, música, radiodifusión); y los servicios sociales. A estos últimos se restringe la aplicación de las siguientes obligaciones: trato nacional, trato de nación más favorecida, presencia local, requisitos de desempeño, altos ejecutivos y directorios, y acceso a los mercados. Como antes hicimos notar, entre los principios que no se aplican en estos anexos no se incluye el artículo 10.7, relativo a expropiación e indemnización. Lo anterior denota claramente el interés de los negociadores de salvaguardar los derechos y privilegios de los inversionistas extranjeros incluidos en este capítulo 10: una medida gubernamental puede ser inconsistente con otros artículos, pero nunca con el artículo 10.7.

En primer lugar, nuevamente debemos advertir que no hubo ningún proceso democrático y transparente que decidiera cuáles sectores, además de los servicios sociales, quedaban insertos en esta lista.

En segundo lugar, hay que advertir que el inciso 3 del artículo 10.13 limita el alcance de lo dispuesto en la Nota Explicativa del Anexo II, al proteger en última instancia los derechos de los inversionistas otorgados en este Tratado. Se trata de portillos que podrán ser muy bien utilizados por los abogados de las empresas transnacionales, incluso cuando un país aplique las “medidas a futuro” supuestamente permitidas.

Por último, y según la lista incluida en los servicios sociales del Anexo II, los negociadores han dejado definitivamente por fuera del concepto de servicios sociales a áreas como los seguros, las telecomunicaciones, la electricidad o los servicios ambientales, todos ellos necesarios para cumplir con el mandato constitucional (artículo 74) de que el Estado debe “procurar una política permanente de solidaridad nacional”. Pero también otros servicios como los servicios de saneamiento y similares (disposición de desechos), servicios de esparcimiento, el teatro y la lotería.

Con respecto a la cultura “no están sujetos a las limitaciones u obligaciones de este Tratado” “los programas gubernamentales de apoyo a través de subsidios”. El resto de las actividades culturales ahora se denomina Industrias Culturales (Anexo II pp. 2).

Pero no se crea que con estas disposiciones los servicios sociales quedan fuera de todo alcance del tratado. El Anexo 20.2 (Anulación o Menoscabo) permite:

“Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este capítulo [Capítulo 20], cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado [como las permitidas en 10.13.1(c) y en el Anexo II], consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:

- a) Capítulos tres al cinco...
- b) Capítulo siete;
- c) Capítulo nueve;
- d) Capítulo once; o
- e) Capítulo quince...”.

Así, si una medida del gobierno orientada a fortalecer la educación pública limita las ganancias de las empresas que lucran con centros de educación privados, aun en tal caso, una empresa extranjera que se considere perjudicada puede pedir una indemnización por expropiación indirecta. Supongamos por ejemplo que una política pública permite transformar en semipúblicos un grupo de colegios públicos (con el consentimiento de los padres de familia) y que eso ocasiona una merma sustancial en la matrícula de los colegios privados de la zona, al grado que estos dejen de operar con ganancias. Tal política pública podría ser impugnada según 20.2 de igual modo que cualquier medida

que disminuya significativamente las ganancias de un inversionista extranjero en el sector de servicios.

EL ARTÍCULO 10.16 (SOMETIMIENTO DE UNA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE):
DISCRIMINACIÓN A FAVOR DE LOS INVERSIONISTAS Y EN CONTRA DEL ESTADO

En relación a la Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado, del Capítulo 10, el artículo 10.16 establece en el inciso 1(a) que

“...el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue:

(i) que el demandado ha violado:

(a) una obligación de conformidad con la Sección A;

(b) una autorización de inversión²² o

(c) un acuerdo de inversión²³”.

Del mismo contenido de este artículo se desprende que el Estado costarricense sólo puede ser demandado, pero nunca podrá ser demandante, aunque considere que un inversionista no respeta las disposiciones del tratado.

Más explícito al respecto de esta unilateralidad ante la ley es el artículo 10.28 (Definiciones), que precisamente define al demandante como “el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte”, y al demandado como “...la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión”.

Al establecerse en este artículo 10.16 que el Estado costarricense sólo puede ser demandado pero nunca puede ser demandante se incurre en un vicio de inconstitucionalidad, porque viola la igualdad ante la ley establecida en el artículo 33 de la CP. No puede existir igualdad ante la ley si el demandado no puede a la vez interponer una demanda.

22 “*Autorización de inversión* significa una autorización otorgada por las autoridades de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte”.

23 “*Acuerdo de inversión* significa un acuerdo escrito que comience a regir en el momento o después de la fecha de la entrada en vigor de este Tratado entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte que otorga la inversión cubierta o derechos al inversionista: (a) con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y (b) sobre el cual la inversión cubierta o el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo escrito mismo”.

LA SECCIÓN B: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO
(ARTÍCULOS 10.15 A 10.27): CREACIÓN DE TRIBUNALES ARBITRALES AL
MARGEN DE LAS LEYES NACIONALES

El texto del TLC EU-CA incluye prácticamente una copia fiel de los mecanismos de solución de controversias del TLCAN: "...que son anti-democráticos y sin ningún balance social pues atienden tan sólo a los intereses de las grandes corporaciones. Estos mecanismos otorgan a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacionales al margen de verdaderos controles públicos. Este arbitraje internacional sustituye a las legislaciones nacionales y por ende a las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión extranjera" (Alianza Social Continental, 2003: 46)²⁴.

El artículo 10.15 establece: "En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia (*should initially seek to resolve the dispute*) mediante consulta y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación".

Obsérvese que en la versión en inglés se usa el verbo "*should*" (debería) y no el verbo "*must*" (tiene que). Esto tiene un significado de gran importancia a la hora de determinar si una cláusula de un acuerdo internacional es vinculante o no. "*Must*" casi siempre es vinculante, "*should*" (modo subjuntivo del verbo) indica no carácter vinculante sino consejo, "*may*" (puede) nunca es vinculante. Tiene sentido enteramente permisivo y discrecional.

Por otra parte, basta con que el demandante así lo considere para someter a arbitraje una reclamación (Artículo 10.16.1):

"En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

- a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en lo que se alegue
 - (i) que el demandado ha violado

24 Con el TLCAN los inversionistas ya han hecho un uso considerable de estos mecanismos de solución de controversias para desafiar de manera agresiva una serie de leyes y reglamentos que interfieren con sus ganancias. Un recuento de los más importantes aparece en Alianza Social Continental (noviembre de 2003: 93-99).

- (a) una obligación de conformidad con la Sección A
- (b) una autorización de inversión, o
- (c) un acuerdo de inversión;

y

- (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta”.

Sobre este “arbitraje forzado para el demandado”, ha escrito el Dr. Manrique Jiménez: “Si no hay arreglo previo entre las partes en conflicto, a manera de negociación, incluso con la intervención de un tercero, la parte contendiente afectada en su inversión, se somete al arbitraje internacional, con obligación de seguimiento por el demandado. Con ello se desnaturaliza el instituto del arbitraje, toda vez que este requiere del ejercicio libre y voluntario de ambas partes, y no por imposición de una sola parte. Incluso nuestra Constitución Política (artículo 43) lo establece como un derecho fundamental sin perjuicio de la existencia de litigios pendientes a nivel judicial” (Rodríguez Maradiaga, 2004: 149).

En efecto, en toda controversia relativa a una inversión que se produzca con relación a este tratado basta con que una de las partes contendientes rechace la posibilidad de solución mediante consultas y negociación para que los tribunales costarricenses no tengan competencia alguna, sino que esta residirá en tribunales arbitrales compuestos por tres árbitros (uno de Costa Rica, otro de la otra parte y un tercero designado de común acuerdo). El derecho que se aplica en estos juicios es el derecho internacional consuetudinario, y no las leyes nacionales, lo que deroga en forma tácita el artículo 24 del Código Civil que establece: “Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, aunque pertenezcan a extranjeros, ya se consideren dichos bienes aisladamente en sí mismos, ya en relación con los derechos del propietario como parte de una herencia o de otra universalidad”.

Pero si bien este tratado puede modificar tácitamente una ley costarricense (como el Código Civil), no puede modificar o contravenir la Constitución. Establecer que los bienes situados en Costa Rica, cuando pertenezcan a extranjeros, no se someten a las leyes costarricenses, sino a leyes y tribunales internacionales, viola los artículos 2 y 3 de la CP.

Como ha indicado el Lic. José María Villalta: “En tal caso, los Estados no podrán negarse, ni exigir que el inversionista acuda prime-

ro a los tribunales locales –como sí lo tienen que hacer sus propios ciudadanos–, pues en el acuerdo asumen el compromiso de aceptar dicha exigencia (artículo 10.17). De esta forma, el Estado costarricense renuncia de manera genérica a su facultad soberana de que sus decisiones y actuaciones en aplicación de la legislación nacional sobre las actividades que individuos particulares realizan en su territorio, sean discutidas en los tribunales nacionales” (Carlos Aguilar, 2004: 29).

El Lic. Villalta enfatiza en su comentario la renuncia del Estado costarricense a la soberanía en materia de conflictos entre el Estado y los particulares, lo que contraviene los artículos 2 y 3 de la Constitución.

Lo que se desprende de este análisis es que, según lo negociado por el equipo costarricense del COMEX, el artículo 24 del Código Civil debería reformarse de la siguiente manera: “Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, siempre y cuando sus dueños no sean inversionistas extranjeros”, en clara violación del artículo 33 de la Constitución Política.

UNA AGENDA ALTERNATIVA EN MATERIA DE INVERSIÓN ES POSIBLE²⁵

A continuación se propone un código para las inversiones basado en principios contrapuestos a los acuerdos de inversiones de los TLCs y la OMC.

1. La inversión extranjera es bienvenida en los países en desarrollo, siempre que se adhiera a las regulaciones que vigilan el cumplimiento de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, así como la sustentabilidad ambiental.
2. La inversión extranjera directa (IED) puede jugar un papel positivo cuando se dirige a actividades productivas más que especulativas, cuando transfiere tecnología apropiada y cuando facilita el acceso a mercados y genera empleos congruentes con la sustentabilidad y los planes nacionales de desarrollo determinados democráticamente.
3. Las regulaciones a la inversión extranjera deben ser determinadas democráticamente por los gobiernos, en consulta con los habitantes de la nación. Sin embargo, un mínimo de regulaciones básicas deben ser acordadas multilateralmente para prevenir la competencia compulsiva e injusta entre los

²⁵ Ver Alianza Social Continental (2002: 75-80).

mismos países en desarrollo. Por ejemplo, a través de exenciones fiscales exageradas o de la reducción de los estándares laborales y ambientales.

4. En caso de un conflicto, los derechos humanos, laborales y ambientales internacionalmente reconocidos deben quedar por encima de los derechos de los inversionistas. Como mínimo, los firmantes de un TLC EU-CA deben ratificar los siguientes tratados y acuerdos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la libertad sindical, la negociación colectiva, el trabajo infantil, el trabajo forzado y la discriminación laboral; el Convenio de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador; y los acuerdos ambientales internacionales, incluyendo el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Dañan la Capa de Ozono, la Convención Basel sobre el Control de Traslados Transfronterizos de Desechos Peligrosos, y el Protocolo de Kyoto sobre emisiones de gas que causan el efecto invernadero.

5. Los acuerdos internacionales sobre regulación de inversiones deben tener en cuenta las asimetrías de poder y los distintos niveles de desarrollo que existen entre los países. Los acuerdos deben incluir concesiones no recíprocas por parte de las partes más poderosas y el reconocimiento de asimetrías y diferencias. Esto es particularmente importante para economías pequeñas como las centroamericanas que necesitan un trato especial y diferenciado.

6. Los acuerdos también deben respetar la diversidad de jurisdicciones políticas como estados, provincias, municipalidades y gobiernos indígenas, que existen en algunos países.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Carlos 2004 *Reflexiones en torno al Tratado de Libre Comercio. Razones para el rechazo* (San José: Colección Universitaria).
- Alcayaga, Julián y Pizarro, Rodrigo (s/f) *Requerimiento de inconstitucionalidad del TLC Chile-Estados Unidos*. Documento facilitado vía Internet por los autores.
- Alianza Social Continental 2003 *El ALCA al desnudo: críticas al texto borrador del Área de Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*. En <www.asc-hsa.org>.
- Alianza Social Continental 2003 *Alternativas para las Américas*. En <www.asc-hsa.org>.
- Castillo Viquez, F. 1992 *Elementos Económicos en la Constitución Política* (San José: Juricentro).
- Chang, Ha-Joon 2002 *Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective* (Londres: Anthem Press).
- Chang, Ha-Joon y Green, Duncan 2003 *The Northern Agenda on Investment: Do as we Say, Not as we Did* (Ginebra: South Centre/ CAFOD).
- Constitución Política de la República de Costa Rica* 2003 (1949) (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas SA).
- Ministerio de Comercio Exterior 2004 *Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y los Estados Unidos de América. Texto firmado el 28 de Mayo del 2004 por los representantes comerciales* (Costa Rica). En <www.comex.go.cr>.
- Moreno, Raúl 2004 “Comentarios críticos al Capítulo Diez del TLC CA-EU” en *Por qué decimos NO al TLC* (El Salvador). Documento facilitado vía Internet por el autor.
- Pensamiento Solidario 2004 *Reflexiones en torno al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EUCA). El caso de Costa Rica* (San José). Documento facilitado vía Internet por los autores.
- Public Citizen 2002 *El Ataque contra la Democracia: El historial del capítulo 11 del TLCAN sobre inversiones y las demandas judiciales de empresas contra gobiernos*. En <www.tradewatch.org/ftaa/ALCA_Espanol>.
- Rodríguez Maradiaga, Oscar et al. 2004 *Roces Constitucionales del TLC (CA-USA). Todavía Estamos a Tiempo* (San José: Editorial ULASALLE).